

 <p>Contraloría del MAGDALENA</p> <p>Cuida los recursos públicos para tu bienestar</p>	<p>CONTRALORIA GENERAL DEL DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA</p>	<p>CONTRALORÍA AUXILIAR PARA LAS INVESTIGACIONES</p>
		<p>Fecha: Junio 30 de 2022</p>

FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL

AUDITORIA FISCAL HALLAZGO No: 060/2015
REF: PROCESO ORDINARIO DE RESPONSABILIDAD FISCAL
ENTIDAD AFECTADA: ESE HOSPITAL SAN PEDRO EL PIÑON, MAGDALENA
PRESUNTO RESPONSABLE FISCAL: OSWALDO ENRIQUE MONTERO
GARANTE: LA PREVISORA S.A. COMPAÑIA DE SEGURO.
RAD: 730
FECHA: Junio 30 de 2022

I. COMPETENCIA

La suscrita Contralora Auxiliar para las Investigaciones de la Contraloría General del Departamento del Magdalena, con fundamentos en las facultades otorgadas por los artículos 267 numeral 7 y 268 de la Constitución Política, en la Ley 610 de 2000 por la cual se establece el trámite de los procesos de Responsabilidad Fiscal, la ley 1474 del 2011 y la delegación efectuada por el señor Contralor de este Departamento a través de la Resolución No. 156 del 22 de junio del 2017, profiere Fallo Con Responsabilidad Fiscal, dentro del proceso referenciado, basado en los siguientes:

II. FUNDAMENTOS DE HECHO

La Contraloría Auxiliar para el Control Fiscal de la Contraloría General de la República, trasladó el 20 de noviembre de 2015, el hallazgo fiscal¹ (Folios1-5) consistente en:

“...¿Qué ocurrió? de la vigencia 2014, se encontraron pagos, que en las liquidaciones de retención en la fuente se incluyen sanciones e intereses de mora por el no pago oportuno a la Dian correspondientes a los periodos 1,2,3,4,5,8,9,10,11 y 12, en los cuales se pagaron por intereses moratorios la suma de \$6.230.000.00, y por sanción un monto de \$15.100.000.00 para un total de \$21.330.000, tal y como consta en las declaraciones aportadas por la entidad en trabajo de campo, lo cual se constituye como un presunto detrimento al patrimonio de la ESE hospital.

¿Cuándo? durante la vigencia 2014

¿Dónde? en la Ese hospital San Pedro del Piñón

¿Cómo? existe incumplimiento con el deber de girar las sumas retenidas por el impuesto de retención en la fuente a la DIAN. Encontrándose pagos, que en las liquidaciones de retención en la fuente se incluyen sanciones e intereses de mora por el no pago oportuno correspondiente al año 2014 de los periodos 1, 2, 3, 4,5, 8, 9, 10,11 y 12 en los cuales se pagó la suma de \$21.330.000.00.

¿Por qué? inadecuado control de las actividades de recaudo y giro a terceros por parte de la administración de la ESE Hospital...”

¹ (fl. 1-4 c/no 1)

Elaborado por: Lisset Ospino Castro	Cargo: Profesional Especializada
Revisado y aprobado por: Kady Esther Rocha Ochoa	Cargo: Contralora Auxiliar para las Investigaciones 

 <p>Contraloría del MAGDALENA</p> <p>Cuida los recursos públicos para tu bienestar</p>	<p align="center">CONTRALORIA GENERAL DEL DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA</p>	<p align="center">CONTRALORÍA AUXILIAR PARA LAS INVESTIGACIONES</p>
		<p align="center">Fecha: Junio 30 de 2022</p>

III. PREMISAS FÁCTICAS O HECHOS PROBADOS

Dentro del material probatorio allegado al expediente, se encuentra probado que:

❖ **DOCUMENTALES**

Anexos que conforman el hallazgo fiscal 060 de fecha de traslado 20 de noviembre de 2015 (Folios 6-41)

1. Copia de Recibo oficial de pago impuesto nacionales, del año 2014, concepto 61, periodo 1, pago total de \$2.372.000 (Folio 6)
2. Copia de Recibo oficial de pago impuesto nacionales, del año 2014, concepto 61, periodo 2, pago total de \$1.609.000 (Folio 7)
3. Copia de Recibo oficial de pago impuesto nacionales, del año 2014, concepto 61, periodo 3, pago total de \$2.247.000 (Folio 8)
4. Copia de Recibo oficial de pago impuesto nacionales, del año 2014, concepto 61, periodo 4, pago total de \$11.180.000 (Folio 9)
5. Copia de Recibo oficial de pago impuesto nacionales, del año 2014, concepto 61, periodo 5, pago total de \$5.963.000 (Folio 10)
6. Copia de Recibo oficial de pago impuesto nacionales, del año 2014, concepto 61, periodo 6, pago total de \$297.000 (Folio 11)
7. Copia de Recibo oficial de pago impuesto nacionales, del año 2014, concepto 61, periodo 7, pago total de \$3.381.000 (Folio 12)
8. Copia de Recibo oficial de pago impuesto nacionales, del año 2014, concepto 61, periodo 8, pago total de \$8.942.000 (Folio 13)
9. Copia de Recibo oficial de pago impuesto nacionales, del año 2014, concepto 61, periodo 9, pago total de \$1.326.000 (Folio 14)
10. Copia de Recibo oficial de pago impuesto nacionales, del año 2014, concepto 61, periodo 10, pago total de \$5.090.000 (Folio 15)
11. Copia de Recibo oficial de pago impuesto nacionales, del año 2014, concepto 61, periodo 11, pago total de \$3.531.000 (Folio 16)
12. Copia de Recibo oficial de pago impuesto nacionales, del año 2014, concepto 61, periodo 12, pago total de \$4.165.000 (Folio 17)
13. Copia de liquidación y pagos de retención en la fuente año 2014 ESE Hospital Local de El Piñón (Folio 18):

Fecha de pago	Período	Impuesto	sanciones	Interés de mora	Pago total
12.03.2014	1	1.782.000,00	550.000,00	40.000,00	2.372.000,00
18.08.2015	2	695.000,00	625.000,00	289.000,00	1.691.000,00
10.09.2015	3	972.000,00	876.000,00	399.000,00	2.247.000,00
10.09.2015	4	5.003.000,00	4.253.000,00	1.924.000,00	11.180.000,00
10.09.2014	5	2.760.000,00	2.208.000,00	995.000,00	5.963.000,00
09.07.2014	6	297.000,00	0,00	0,00	297.000,00
13.08.2014	7	3.381.000,00	0,00	0,00	3.381.000,00

Elaborado por: Lisset Ospino Castro	Cargo: Profesional Especializada
Revisado y aprobado por: Kady Esther Rocha Ochoa	Cargo: Contralora Auxiliar para las Investigaciones

 <p>Contraloría del MAGDALENA</p> <p>Cuida los recursos públicos para tu bienestar</p>	<p align="center">CONTRALORIA GENERAL DEL DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA</p>	<p align="center">CONTRALORÍA AUXILIAR PARA LAS INVESTIGACIONES</p>
		<p align="center">Fecha: Junio 30 de 2022</p>

10.09.2015	8	4.612.000,00	2.998.000,00	1.332.000,00	8.942.000,00
18.08.2015	9	738.000,00	406.000,00	182.000,00	1.326.000,00
18.08.2015	10	2.959.000,00	1.479.000,00	652.000,00	2.959.000,00
19.12.2014	11	3.236.000,00	275.000,00	20.000,00	3.531.000,00
18.08.2015	12	2.338.000,00	1.430.000,00	397.000,00	4.165.000,00
Total		28.773.000,00	15.100.000,00	6.230.000,00	48.054.000,00

14. Copia de seguro manejo póliza global sector oficial, de fecha de vigencia de 3 de junio a 2014 a 30 de mayo de 2015, por un valor asegurado de \$71.609.756,00 (Folios 19-21).
15. Copia de hoja de vida de Oswaldo Montero Villareal y anexos (Folios 22-27).
16. Copia del artículo 10ª del Decreto 2484 de 2014 establece requisitos ya acreditados, a los empleados públicos (Folios 28-30)

IV. MOTIVACIÓN JURÍDICO FISCAL

Advierte el despacho como primera medida que no encuentra ninguna causal de nulidad que invalide lo actuado, y que se ha respetado y garantizado el derecho de defensa, y que todas las actuaciones han sido notificadas y/o comunicadas conforme a la Ley 610 de 2000 y la Ley 1474 de 2011, respetándose así el debido proceso, en el que incluso se han decretado en el transcurso del proceso, aquellas pruebas para efectos de indagar y/o ahondar por la existencia del daño, entre otros aspectos.

Y que en virtud del principio de economía (artículo 3 numeral 12 de la Ley 1437 de 2011), al no existir pruebas por decretar o de oficio, es menester proferir de manera inmediata la decisión de fondo correspondiente, que a la postre se realizará.

De acuerdo a lo estipulado por la ley 610 de 2000, y entendiéndose el proceso de responsabilidad fiscal como el "conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por la Contraloría con el fin de determinar y establecer responsabilidad fiscal a los servidores públicos y a los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de la misma y en forma dolosa o culposa causaren un daño patrimonial al Estado"

A su vez el artículo 3º de la misma ley, sobre gestión fiscal, establece: Para los efectos de la presente ley, se entiende por gestión fiscal el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales.

Con relación a este proceso y según lo estipulado en el artículo 4 de la ley 610 de 2000, que reza: "Objeto de la responsabilidad fiscal. La responsabilidad fiscal tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de quienes realizan gestión fiscal o de servidores públicos o particulares que participen, concurren, incidan o contribuyan directa o indirectamente en la producción de los mismos, mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal. Para el establecimiento de responsabilidad fiscal en cada caso, se tendrá en cuenta el cumplimiento de los principios rectores de la función administrativa y de la gestión fiscal".

Elaborado por: Lisset Ospino Castro	Cargo: Profesional Especializada
Revisado y aprobado por: Kady Esther Rocha Ochoa	Cargo: Contralora Auxiliar para las Investigaciones 

 <p>Contraloría del MAGDALENA</p> <p>Cuida los recursos públicos para tu bienestar</p>	<p>CONTRALORIA GENERAL DEL DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA</p>	<p>CONTRALORÍA AUXILIAR PARA LAS INVESTIGACIONES</p>
		<p>Fecha: Junio 30 de 2022</p>

Para el establecimiento de responsabilidad fiscal en cada caso, se tendrá en cuenta el cumplimiento de los principios rectores de la función administrativa y de gestión fiscal. Parágrafo 1° La responsabilidad fiscal es autónoma e independiente y se entiende sin perjuicio de cualquier otra clase de responsabilidad, Parágrafo 2° El grado de culpa a partir de la se podrá establecer responsabilidad fiscal será de culpa leve” (Declarado inexecutable al igual que lo consagrado en el artículo 53 de la ley 610 de 20, mediante sentencia C – 619 de 2002).

En la ley 610 de 2000 se enuncia en su artículo 53: “Fallo con responsabilidad fiscal. El funcionario competente proferirá fallo con responsabilidad fiscal al presunto responsable fiscal cuando en el proceso obre prueba que conduzca a la certeza de la existencia del daño al patrimonio público y de su cuantificación, de la individualización y actuación cuando menos con culpa leve del gestor fiscal y de la relación de causalidad entre el comportamiento del agente y el daño ocasionado al erario, y como consecuencia se establezca la obligación de pagar una suma líquida de dinero a cargo del responsable.

Es menester precisar la figura del impuesto de retención en la fuente, el cual es una medida impuesta por el Estado para recaudar anticipadamente un impuesto, cada vez que se efectuó una operación sujeta a un impuesto, se debe retener el valor por concepto de dicho impuesto. Las personas encargadas de hacer las retenciones se llaman agentes retenedores y la norma señala expresamente quienes son esos agentes. Al respecto, el artículo 368 y 375 del Estatuto Tributario Decreto 624 de 1989 dispone:

“ARTICULO 368. QUIENES SON AGENTES DE RETENCIÓN. <Fuente original compilada: L. 52/77 Art. 4o. y L. 75/86 Art. 19> <Aparte entre corchetes incluido por el artículo 115 de la Ley 488 de 1998. El nuevo texto es el siguiente:> Son agentes de retención o de percepción, las entidades de derecho público, los fondos de inversión, los fondos de valores, los fondos de pensiones de jubilación e invalidez, los consorcios, las comunidades organizadas, {las uniones temporales} y las demás personas naturales o jurídicas, sucesiones ilíquidas y sociedades de hecho, que por sus funciones intervengan en actos u operaciones en los cuales deben, por expresa disposición legal, efectuar la retención o percepción del tributo correspondiente....”

“ARTICULO 375. EFECTUAR LA RETENCIÓN. Están obligados a efectuar la retención o percepción del tributo, los agentes de retención que por sus funciones intervengan en actos u operaciones en los cuales deben, por expresa disposición legal, efectuar dicha retención o percepción”.

No obstante, la obligación del agente retenedor no se agota con la sola acción de hacer la retención, ya que esta es una obligación compleja y compuesta y debe además presentar las declaraciones y consignar. El artículo 382 del estatuto tributario establece:

“Artículo 382. OBLIGACIÓN DE DECLARAR. Reglamentado por el Decreto Nacional 702 de 2013. Los agentes de retención en la fuente deberán presentar declaración mensual de las retenciones que debieron efectuar durante el respectivo mes, de conformidad con lo establecido en los Artículos 604 al 606, inclusive”.

Es decir, que el agente retenedor tiene la obligación de declarar dentro de unos lapsos establecidos en el calendario tributario, so pena de incurrir en sanciones de extemporaneidad, respecto a la sanción de extemporaneidad, el estatuto tributario contempla:

Elaborado por: Lisset Ospino Castro	Cargo: Profesional Especializada
Revisado y aprobado por: Kady Esther Rocha Ochoa	Cargo: Contralora Auxiliar para las Investigaciones 

 <p>Contraloría del MAGDALENA</p> <p>Cuida los recursos públicos para tu bienestar</p>	<p>CONTRALORIA GENERAL DEL DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA</p>	<p>CONTRALORÍA AUXILIAR PARA LAS INVESTIGACIONES</p>
		<p>Fecha: Junio 30 de 2022</p>

“Artículo 641. EXTEMPORANEIDAD EN LA PRESENTACIÓN. Las personas o entidades obligadas a declarar, que presenten las declaraciones tributarias en forma extemporánea, deberán liquidar y pagar una sanción por cada mes o fracción de mes calendario de retardo, equivalente al cinco por ciento (5%) del total del impuesto a cargo o retención objeto de la declaración tributaria, sin exceder del ciento por ciento (100%) del impuesto o retención, según el caso.

Esta sanción se cobrará sin perjuicio de los intereses que origine el incumplimiento en el pago del impuesto, anticipo o retención a cargo del contribuyente, responsable o agente retenedor...”.

Así las cosas tenemos, que mediante concepto No 11001-03-06-000-2007-00077-00 de noviembre 15 de 2007, la sala de consulta y servicio civil del Consejo de Estado, consejero ponente Gustavo Aponte Santos, estableció:

El daño patrimonial entre entidades públicas no solo si existe, en algunos casos sino que además, tiene como consecuencia la responsabilidad fiscal de los gestores fiscales que por dolo o culpa grave hayan generado, como se transcribe a continuación:

“(...) Así las cosas, a la luz de las normas constitucionales que propenden por el manejo eficiente, responsable y oportuno de los recursos públicos por quienes tienen a su cargo tareas de gestión fiscal y de las de carácter legal que conforman el régimen de control fiscal vigente, el daño causado por la conducta irregular de un servidor o particular se debe determinar en relación con los recursos que específicamente estuvieron a sus disposición en razón de sus funciones y no en abstracto frente a los recursos que conforman el patrimonio del Estado

El artículo 352 de la Constitución Política reconoce la existencia de presupuestos separados en los diferentes órdenes: el nacional, los territoriales y los de las entidades descentralizadas de cualquier nivel.

El hecho cierto de que por mandato de la ley orgánica, los Entes Territoriales deban registrarse por el principio de unidad de caja y que las entidades descentralizadas territorialmente en su ejecución presupuestal deban ajustarse a las políticas fiscales del Estado como un todo, no implica que los recursos de este tipo de Entes deban hacer unidad de caja con los de la nación, pues se trata de presupuestos y patrimonios independientes en razón de la autonomía constitucional y legal conferida a ellos. (subrayado es nuestro)

(...) lleva a la sala a reiterar que constitucional y legalmente el órgano de control fiscal está obligado a investigar la eventual responsabilidad del gestor fiscal cuando se pagan multas, sanciones o intereses de mora por cusa de un incumplimiento de las obligaciones adquiridas por las entidades u organismo públicos.

Así las cosas, el principio de unidad de caja no puede tenerse como eximente de responsabilidad fiscal.

(...) Por último considera la Sala que el pago de sumas por concepto de intereses de mora, sanciones o multas entre entidades u organismos públicos originados en la conducta dolosa o gravemente culposa de un gestor fiscal, no puede calificarse contable, ni presupuestalmente como una mera transferencia de recursos, sino

Elaborado por: Lisset Ospino Castro	Cargo: Profesional Especializada
Revisado y aprobado por: Kady Esther Rocha Ochoa	Cargo: Contralora Auxiliar para las Investigaciones 

 <p>Contraloría del MAGDALENA</p> <p>Cuida los recursos públicos para tu bienestar</p>	<p>CONTRALORIA GENERAL DEL DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA</p>	<p>CONTRALORÍA AUXILIAR PARA LAS INVESTIGACIONES</p>
		<p>Fecha: Junio 30 de 2022</p>

como un gasto injustificado que surge del incumplimiento de las funciones de dicho gestor fiscal “. Cuando una entidad pública u organismo de carácter público paga a otra de la misma naturaleza una suma por concepto de multas, intereses de mora o sanciones produce un daño patrimonial, que da lugar a responsabilidad fiscal del gestor fiscal comprometido.

Por lo anterior, los recursos que por concepto de impuesto de retención en la fuente, se descuentan a terceros, por parte de los Entes auto retenedor o sujeto activo del impuesto, no son recursos que la entidad asuma en su presupuesto, sino que simplemente hacen la función de ser agentes de retención de ese recurso. . (Subrayado es nuestro)

V. ACREDITACION DE LOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL

El artículo 5 de la ley 610 de 2000, enuncia que la responsabilidad fiscal estará integrada por los siguientes elementos: 1) Una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal; 2) Un daño patrimonial al Estado y 3) Un nexo causal entre los dos elementos anteriores.

Sin embargo, la disposición normativa omite privilegiar el elemento referido al daño, teniendo en cuenta que éste constituye el elemento central de la responsabilidad fiscal, y que su determinación debe ocupar en primera instancia la labor de valoración lógica pe- procesal del operador jurídico, pues sin su existencia no es posible fundamentar sustancialmente el reseñado estatuto, ni mucho menos configurar los demás elementos que la componen.

1. La existencia de una conducta dolosa o culposa. Activa u omisiva:

El comportamiento adoptado por las personas a quien se le atribuye Responsabilidad Fiscal, debe rayar los linderos del dolo o la culpa grave.

La referencia a la culpa debe entenderse en la común y ordinaria acepción de aquel comportamiento en el cual el sujeto no previó las consecuencias de su actuar pudiendo hacerlo, o si lo hizo, confió en obtener otros resultados; en igual forma, cuando la conducta se realiza por inexperiencia o por inoperancia o por mera negligencia.

Finalmente debe expresarse que la conducta desplegada puede corresponder a una acción u omisión. Deja de hacer algo que hace parte de su función o trabajo; es tan reprochable como hacer lo no permitido o no autorizado por la ley o el reglamento.

Al respecto la ley 1474 de 2011, en su artículo 118 establece: **“Determinación de la culpabilidad en los procesos de responsabilidad fiscal.** El grado de culpabilidad para establecer la existencia de responsabilidad fiscal será el dolo o la culpa grave.

Se presumirá que el gestor fiscal ha obrado con dolo cuando por los mismos hechos haya sido condenado penalmente o sancionado disciplinariamente por la comisión de un delito o una falta disciplinaria imputados a ese título.

Se presumirá que el gestor fiscal ha obrado con culpa grave en los siguientes eventos:

Elaborado por: Lisset Ospino Castro	Cargo: Profesional Especializada
Revisado y aprobado por: Kady Esther Rocha Ochoa	Cargo: Contralora Auxiliar para las Investigaciones 

 <p>Contraloría del MAGDALENA</p> <p>Cuida los recursos públicos para tu bienestar</p>	<p>CONTRALORIA GENERAL DEL DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA</p>	<p>CONTRALORÍA AUXILIAR PARA LAS INVESTIGACIONES</p>
		<p>Fecha: Junio 30 de 2022</p>

- a) Cuando se hayan elaborado pliegos de condiciones o términos de referencia en forma incompleta, ambigua o confusa, que hubieran conducido a interpretaciones o decisiones técnicas que afectaran la integridad patrimonial de la entidad contratante;
- b) Cuando haya habido una omisión injustificada del deber de efectuar comparaciones de precios, ya sea mediante estudios o consultas de las condiciones del mercado o cotejo de los ofrecimientos recibidos y se hayan aceptado sin justificación objetiva ofertas que superen los precios del mercado;
- c) Cuando se haya omitido el cumplimiento de las obligaciones propias de los contratos de interventoría o de las funciones de supervisión, tales como el adelantamiento de revisiones periódicas de obras, bienes o servicios, de manera que no se establezca la correcta ejecución del objeto contractual o el cumplimiento de las condiciones de calidad y oportunidad ofrecidas por los contratistas;
- d) Cuando se haya incumplido la obligación de asegurar los bienes de la entidad o la de hacer exigibles las pólizas o garantías frente al acaecimiento de los siniestros o el incumplimiento de los contratos;
- e) Cuando se haya efectuado el reconocimiento de salarios, prestaciones y demás emolumentos y haberes laborales con violación de las normas que rigen el ejercicio de la función pública o las relaciones laborales”.

Así las cosas tenemos, que a pesar que la norma antes descrita, no establece expresamente el evento, que hoy es objeto de investigación, se entiende implícita dentro de la normatividad que regula la materia, toda vez, que está plenamente demostrado en el transcurso del Proceso que la conducta del señor Oswaldo Enrique Montero Villareal, identificado con la cédula de ciudadanía No 73.182.869, en su condición de gerente de la E.S.E Hospital San Pedro de El Piñón – Magdalena, fue omisiva y gravemente culposa, al omitir el deber de presentar las respectivas declaraciones tributarias dentro de las fechas fijadas por el Estado y los respectivos pagos, conociendo que tal hecho implicaría el pago de una sanción denominada sanción extemporánea, más el pago de intereses moratorios, la cual está contemplada en los artículos 641 y 642 del Estatuto Tributario, actuando estos en forma negligente, debido a que cumpliendo parcialmente la norma, ya que se retuvieron dicho dineros, mas no fueron pagados dentro de los términos que establece el gobierno, incumpliendo con esta gestión fiscal irregular con los principios y sistemas establecidos en el artículo 3 del decreto 403 de 16 de marzo de 2020, tales como eficiencia, eficacia y economía, originando una gestión fiscal antieconómica, ineficiente e ineficaz.

2.- Detrimiento Patrimonial al Erario.-

El artículo 126 del decreto 403 de 2020, daño patrimonial al Estado. Para efectos de este decreto se entiende por daño patrimonial al Estado la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de los órganos de control fiscal. Dicho daño podrá ocasionarse como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de quienes realizan gestión fiscal o de servidores públicos o particulares que participen, concurren, incidan o contribuyan directa o indirectamente en la producción del mismo.

Elaborado por: Lisset Ospino Castro	Cargo: Profesional Especializada
Revisado y aprobado por: Kady Esther Rocha Ochoa	Cargo: Contralora Auxiliar para las Investigaciones 



Dicho daño, podrá ocasionarse por acción u omisión de los servidores públicos o por la persona natural o jurídica de derecho privado que en forma dolosa o culposa produzcan directamente o contribuyan al detrimento del patrimonio público.

Se observa a folio 90, oficio 119201242-00908, calendado mayo 16 de 2018, mediante el cual la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN, en el cual expresa que:

“consultados los siguientes informáticos electrónicos de la nuestra Entidad, se determinó para el contribuyente ESE Hospital San Pedro identificado con Nit 819001312 las siguientes situaciones en relación con la retención en la fuente para

Mes	Impuesto	Sanción	intereses	Total pagado	declaraciones	Recibo de pago
1	1.782.000,00	550.000,00	40.000,00	2.372.000,00	3508602791102	4907889360894
3	972.000,00	876.000,00	399.000,00	2.247.000,00	3508627184954	4907227322561
4	5.003.000,00	4.253.000,00	1.924.000,00	11.180.000,00	3508627184961	4907227342539
5	2.760.000,00	2.208.000,00	995.000,00	5.963.000,00	3508627184979	4907227362707
6	297.000,00	0,00	0,00	297.000,00	3508611162380	4907918278111
7	3.381.000,00	0,00	0,00	3.381.000,00	3508613259836	4907923224452
8	4.612.000,00	0,00	0,00	8.942.000,00	3508627184986	4907227384350
	23.137.000,00	7.887.000,00	3.358.000,00	34.382.000,00		

el año gravable 2014

Declaraciones presentadas y en estado validas activas al contar con pago total”.

Donde se acredita la efectividad del pago de los periodos 1,3,4,5,6,7 y 8, sin acreditar los periodos 2,9,10,11 y 12 de los que se desconoce certificación por parte de este Ente, aunado aquello alega la generación de intereses moratorio por el valor de \$3.358.000 y sanciones por el valor de \$7.887.000, tal y como se encuentran en las pruebas arrimadas, generando un detrimento patrimonial por parte de la ESE Hospital San Pedro del Piñón, Magdalena.

Aunado a lo anterior, se observa a folio 18, liquidaciones y pagos de retención en la fuente año 2014 ESE Hospital Local de El Piñón:

Fecha de pago	Periodo	Impuesto	sanciones	Interés de mora	Pago total
12.03.2014	1	1.782.000,00	550.000,00	40.000,00	2.372.000,00
18.08.2015	2	695.000,00	625.000,00	289.000,00	1.691.000,00
10.09.2015	3	972.000,00	876.000,00	399.000,00	2.247.000,00
10.09.2015	4	5.003.000,00	4.253.000,00	1.924.000,00	11.180.000,00
10.09.2014	5	2.760.000,00	2.208.000,00	995.000,00	5.963.000,00
09.07.2014	6	297.000,00	0,00	0,00	297.000,00
13.08.2014	7	3.381.000,00	0,00	0,00	3.381.000,00
10.09.2015	8	4.612.000,00	2.998.000,00	1.332.000,00	8.942.000,00
18.08.2015	9	738.000,00	406.000,00	182.000,00	1.326.000,00
18.08.2015	10	2.959.000,00	1.479.000,00	652.000,00	2.959.000,00
19.12.2014	11	3.236.000,00	275.000,00	20.000,00	3.531.000,00
18.08.2015	12	2.338.000,00	1.430.000,00	397.000,00	4.165.000,00
Total		28.773.000,00	15.100.000,00	6.230.000,00	48.054.000,00

Con base en lo antes mencionados, se establece como presunto daño patrimonial el valor de **VEINTE Y UN MILLONES TRESCIENTOS TREINTA MIL PESOS (\$21.330.000,00)**, por el incumplimiento de cancelar los pagos retenidos por el impuesto de retención en la fuente

Elaborado por: Lisset Ospino Castro	Cargo: Profesional Especializada
Revisado y aprobado por: Kady Esther Rocha Ochoa	Cargo: Contralora Auxiliar para las Investigaciones

 <p>Contraloría del MAGDALENA</p> <p>Cuida los recursos públicos para tu bienestar</p>	<p>CONTRALORIA GENERAL DEL DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA</p>	<p>CONTRALORÍA AUXILIAR PARA LAS INVESTIGACIONES</p>
		<p>Fecha: Junio 30 de 2022</p>

a la DIAN correspondientes a los periodos 1, 2, 3, 4, 5, 8, 9, 10,11 y 12, causando el pago adicional por sanción e intereses en la mora.

Tenemos entonces que realizando un análisis exhaustivo de los hechos fácticos y dado los presupuestos jurídicos ampliamente denotados, se evidenció irrefragablemente que el señor Oswaldo Enrique Montero Villareal, en su condición de gestor fiscal de la E.S.E Hospital San Pedro de El Piñón, no giro oportunamente las sumas retenidas por concepto de impuesto de retención en la fuente a la Dirección de Impuesto de Aduana Nacional (DIAN) durante el periodo fiscal 2014, generando el pago de sanción e intereses de moratorios.

Así las cosas tenemos, que de la conducta desplegada por el señor antes citado, se deduce una acusación del daño, al retener y no cancelar oportunamente el impuesto de retención en la fuente a la Dirección de Impuesto de Aduana Nacional (DIAN), configurando una omisión que evidencia un detrimento patrimonial causado a las arcas del E.S.E Hospital San Pedro de El Piñón – Magdalena estimado en la suma de **VEINTE Y UN MILLONES TRESCIENTOS TREINTA MIL PESOS (\$21.330.000,00)**.

3.- Nexo Causal.-

Acorde con los elementos anteriores, queda demostrado dentro de este proceso, que en la conducta irregular desplegada por el señor Oswaldo Enrique Montero Villareal, quien fungía para la época de los hechos, como gerente de la E.S.E Hospital San Pedro de El Piñón – Magdalena, y el daño patrimonial ocasionado al Estado (E.S.E Hospital San Pedro de El Piñón – Magdalena), existe una relación determinante y condicionante de causa-efecto exigida para poder determinar la responsabilidad fiscal.

Este elemento se encuentra demostrado con el acervo probatorio allegado al expediente contentivo de esta investigación, como son los recibos oficiales de pago visible a folios 6 al 18 del expediente, donde consta los pagos realizados por la E.S.E en mención a la Dirección de Impuesto de Aduana Nacional (DIAN) por concepto de sanción e interés moratorios, generados en el pago no oportuno de las sumas retenidas por concepto de impuesto de retención en la fuente.

La conducta omisiva fue determinante y condicionante en virtud a que sin ella no se hubiese generado daño alguno al patrimonio público.

Conforme con lo anterior, se encuentran estructurados los tres elementos: a) un daño patrimonial al estado²; b) una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal³ y; c) un nexo causal entre el daño y la conducta, el cual se deduce que está plenamente demostrado dentro de este proceso.

Finalmente, acompasado con lo demostrado dentro del plenario dentro del Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal No 730, considera el despacho que al presuntos responsables fiscal, les surge una obligación de pagar una suma líquida de dinero por concepto de resarcimiento equivalente a la suma de **VEINTE Y UN MILLONES TRESCIENTOS TREINTA MIL PESOS (\$21.330.000,00)**.

Elaborado por: Lisset Ospino Castro	Cargo: Profesional Especializada
Revisado y aprobado por: Kady Esther Rocha Ochoa	Cargo: Contralora Auxiliar para las Investigaciones 

 <p>Contraloría del MAGDALENA</p> <p>Cuida los recursos públicos para tu bienestar</p>	<p>CONTRALORIA GENERAL DEL DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA</p>	<p>CONTRALORÍA AUXILIAR PARA LAS INVESTIGACIONES</p>
		<p>Fecha: Junio 30 de 2022</p>

VI. DEL TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE

En este proceso venía vinculada LA PREVISORA S.A Compañía de Seguros, identificada con el N.I.T. No. 860.002.400-2, quien expidió la póliza global sector oficial de manejo individual No 3000687, Amparo: fallo con responsabilidad fiscal, Valor: 71.609.756.00, Vigencia 30-05-2014 a 30-05-2015, Asegurado: E.S.E Hospital San Pedro de El Piñón – Magdalena.

Al tratarse de un proceso que tiene como hecho generador irregularidades en no girar oportunamente las sumas retenidas por concepto de impuesto de retención en la fuente a la Dirección de Impuesto de Aduana Nacional (DIAN) durante el periodo fiscal 2014, generando el pago de sanción e intereses de moratorios, que se encontraba amparado por póliza global sector oficial de manejo individual No 3000687, razón por la cual se consideró en la apertura y se mantuvo en la imputación como procedente vincular a:

LA PREVISORA S.A Compañía de Seguros, identificada con el N.I.T. No. 860.002.400-2, quien expidió la póliza global sector oficial de manejo individual No 3000687, Amparo: fallo con responsabilidad fiscal, Valor: 71.609.756.00, Vigencia 30-05-2014 a 30-05-2015, Asegurado: E.S.E Hospital San Pedro de El Piñón – Magdalena.

Con base a los supuestos legales invocados, se observa que la compañía de seguro es llamada en su condición de garantes, a mantenerse vinculada a este proceso de responsabilidad fiscal, toda vez que deben responder pecuniariamente por el daño patrimonial objeto de investigación.

De la vinculación del tercero civilmente responsable al proceso de responsabilidad fiscal se ha ocupado el Honorable Consejo de Estado, en sentencia radicada con el No. 00529-01 de fecha 18 de marzo de 2010, Consejero Ponente Dr. RAFAEL DE LAFONT PIANETA, la cual manifiesta respecto a la naturaleza de dicha vinculación lo siguiente:

*“Aplicabilidad del artículo 1081 del C. C. O., al sub lite. Despachar esta imputación implica precisar si esa norma es aplicable o no en caso de vinculación del garante como civilmente responsable en un proceso de responsabilidad fiscal, según el artículo 44 de la Ley 610 de 2000, debiéndose responder que sí, **puesto que tal vinculación no es a título de acción por responsabilidad fiscal, sino por responsabilidad civil, esto es, por razones inherentes al objeto del contrato de seguros, esto es, derivada únicamente del contrato que se ha celebrado, que por lo demás es de derecho comercial, y no de gestión fiscal alguna o conducta lesiva del erario por parte del garante, de allí que la responsabilidad que se llegue a declarar es igualmente civil o contractual, y nunca fiscal.** La misma entidad apelante así lo reconoce al manifestar en la sustentación del recurso, que se debe aclarar que la vinculación no se hace mediante acción fiscal, sino como tercero civilmente responsable. Téngase en cuenta que según el artículo 1º de la citada ley, “El proceso de responsabilidad fiscal es el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado.” Como quiera que el legislador ha derivado del contrato de seguro y sólo de él la vinculación del garante como tercero civilmente responsable, es claro que tal vinculación es una forma de acción especial para hacer efectivo el amparo contratado, que bien puede considerarse como acción*

Elaborado por: Lisset Ospino Castro	Cargo: Profesional Especializada
Revisado y aprobado por: Kady Esther Rocha Ochoa	Cargo: Contralora Auxiliar para las Investigaciones 

 <p>Contraloría del MAGDALENA</p> <p>Cuida los recursos públicos para tu bienestar</p>	<p>CONTRALORIA GENERAL DEL DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA</p>	<p>CONTRALORÍA AUXILIAR PARA LAS INVESTIGACIONES</p>
		<p>Fecha: Junio 30 de 2022</p>

paralela a la de responsabilidad fiscal, aunque se surta en el mismo proceso, pues tiene supuestos, motivos y objetos específicos. Cabe decir que el titular primigenio de esa acción es la entidad contratante, quien tiene en principio la facultad e incluso el deber de declarar la ocurrencia del siniestro como resultas de esa acción, cuando éste tiene lugar y, en consecuencia, ordenar hacer efectiva la póliza de seguro respectiva, por el monto que corresponda”.

De igual manera la Corte Constitucional en la sentencia C-648 del 2002. Magistrado ponente Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, manifestó sobre la vinculación del tercero civilmente responsable lo siguiente:

“Los actores afirman que el artículo 44 demandado permite a las contralorías embargar a los garantes por el valor total de las pólizas de cumplimiento, las cuales sólo se prestan para la responsabilidad contractual, pero no la responsabilidad fiscal. De esta manera, exceden las facultades asignadas en la Constitución Política, en especial las contempladas en los artículos 267 y 268.” “

“En atención a este cuestionamiento debe considerarse que al Estado constitucional y democrático, fundado en la prevalencia del interés general, le asiste, como parte de sus fines esenciales, el deber de estar al servicio de la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población.”

(...)

“Así mismo, según lo expresado por esta Corporación, el desarrollo de la actividad contractual, como instrumento establecido para coadyuvar al logro de los cometidos estatales requiere, dentro de un marco de elemental previsión, la constitución de ciertas garantías que aseguren la cabal ejecución del contrato y, sobre todo, que faciliten, objetiven y viabilicen, mediante la utilización de procedimientos ágiles extrajudiciales, la responsabilidad asumida por el garante que se desenvuelve normalmente en el reconocimiento de los perjuicios que por un eventual incumplimiento del contratista puedan afectar a la entidad estatal.

Dentro de esta perspectiva, las normas del estatuto contractual alusivas al régimen de garantías constituyen un medio de protección de los intereses estatales, en cuanto otorgan a las entidades públicas contratantes un instrumento adecuado y efectivo tendiente a asegurar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los contratistas.”

“El objeto de las garantías lo constituye entonces la protección del interés general, en la medida en que permiten resarcir el detrimento patrimonial que se ocasione al patrimonio público por el incumplimiento de las obligaciones adquiridas por el contratista, por la actuación del servidor público encargado de la gestión fiscal, por el deterioro o pérdida del bien objeto de protección o por hechos que comprometan su responsabilidad patrimonial frente a terceros.”

“En estas circunstancias, cuando el legislador dispone que la compañía de seguros sea vinculada en calidad de tercero civilmente responsable en los procesos de responsabilidad fiscal, actúa en cumplimiento de los mandatos de interés general y de finalidad social del Estado. El papel que juega el asegurador es precisamente el de garantizar el pronto y efectivo pago de los perjuicios que se ocasionen al patrimonio público por el servidor público responsable de la gestión fiscal, por el contrato o el bien amparados por una póliza.”

Elaborado por: Lisset Ospino Castro	Cargo: Profesional Especializada
Revisado y aprobado por: Kady Esther Rocha Ochoa	Cargo: Contralora Auxiliar para las Investigaciones 

 <p>Contraloría del MAGDALENA</p> <p>Cuida los recursos públicos para tu bienestar</p>	<p align="center">CONTRALORIA GENERAL DEL DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA</p>	<p align="center">7</p>
		<p align="center">CONTRALORÍA AUXILIAR PARA LAS INVESTIGACIONES</p>
		<p align="center">Fecha: Junio 30 de 2022</p>

“Es decir, la vinculación del garante está determinada por el riesgo amparado, en estos casos la afectación de patrimonio público por el incumplimiento de las obligaciones del contrato, la conducta de los servidores públicos y los bienes amparados, pues de lo contrario la norma acusada resultaría desproporcionada si comprendiera el deber para las compañías de seguros de garantizar riesgos no amparados por ellas.” El artículo 120 de la ley 1474 de 2011 dispone que: “Las pólizas de seguros por las cuales se vincule al proceso de responsabilidad fiscal al garante en calidad de tercero civilmente responsable, prescribirán en los plazos previstos en el artículo 9º de la ley 610 de 2000.”

Actualización del Daño

De conformidad con el artículo 53 inciso 2º de la Ley 610 de 2000, la cuantía de la responsabilidad fiscal debe ser actualizada al valor presente, al momento de la decisión, según los índices de precios al consumidor (IPC), certificados por el DANE.

La fórmula de actualización de valores corresponde es la siguiente:

$$V = V.H. \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En la que el valor presente (V) se determina multiplicando el valor histórico (\$21.330.000.) que es el valor hallado como detrimento patrimonial, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente a la fecha de expedición de la providencia (Junio de 2022), por el índice vigente en la fecha en que se causó el detrimento patrimonial (agosto de 2015).

$$IPC = \frac{21.330.000 \times 118.70}{85.78} = 29.515.867$$

Valor actualizado: El valor a pagar por el responsable fiscal, corresponde a la suma de **VEINTINUEVE MILLONES QUINIENTOS QUINCE MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y SIETE PESOS M/C (\$29.515.867)**

Por lo anteriormente expuesto, la Contraloría Auxiliar para las Investigaciones del Departamento del Magdalena,

VII. RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: FALLAR CON RESPONSABILIDAD FISCAL, a título de culpa grave, dentro del proceso ordinario de responsabilidad fiscal No 730, que se adelanta con ocasión del daño patrimonial causado a los intereses patrimoniales de la E.S.E Hospital San Pedro de El Piñón – Magdalena, por la suma indexada de **VEINTINUEVE MILLONES QUINIENTOS QUINCE MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y SIETE PESOS M/C (\$29.515.867)**, a la siguiente persona:

- 1) **OSWALDO ENRIQUE MONTERO VILLAREAL**, identificado con C.C. No.73.182.869, en su condición de gerente de la E.S.E Hospital San Pedro de El Piñón – Magdalena, para la época de los hechos, por las razones expuesta en la parte motiva.

ARTICULO SEGUNDO: Declarar como Terceros civilmente responsables a LA PREVISORA S.A Compañía de Seguros, identificada con el N.I.T. No. 860.002.400- 2, póliza global sector oficial de manejo individual No 3000687, Fianza de Cumplimiento No.

Elaborado por: Lisset Ospino Castro	Cargo: Profesional Especializada
Revisado y aprobado por: Kady Esther Rocha Ochoa	Cargo: Contralora Auxiliar para las Investigaciones 

 <p>Contraloría del MAGDALENA</p> <p>Cuida los recursos públicos para tu bienestar</p>	<p>CONTRALORIA GENERAL DEL DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA</p>	
		<p>CONTRALORÍA AUXILIAR PARA LAS INVESTIGACIONES</p>
		<p>Fecha: Junio 30 de 2022</p>

2000608, Amparo: fallo con responsabilidad fiscal, Valor: \$71.609.756.00, Vigencia 30-05-2014 a 30-05-2015, Asegurado: E.S.E Hospital San Pedro de El Piñón – Magdalena, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, y a su apoderado de confianza Emma Nigrinis Torres, para tal efecto envíese notificaciones a la siguiente dirección electrónica: emmanigrinis@hotmail.com.

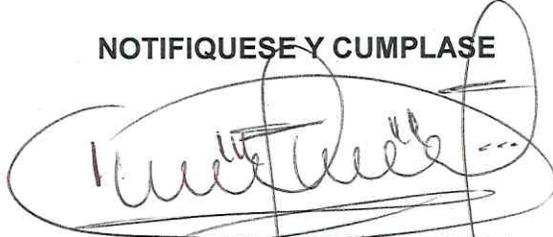
ARTÍCULO TERCERO: Notificar personalmente el contenido del presente fallo en la forma y términos establecidos en los artículos 67 a 69 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo a la apoderado del señor Oswaldo Montero Villareal, haciéndole saber que contra la presente decisión procede los recursos de reposición ante la Contraloría Auxiliar para las Investigaciones y de apelación ante el señor Contralor General del Departamento del Magdalena..

ARTÍCULO CUARTO: Enviar el expediente a través de Secretaría dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de la providencia, al superior jerárquico o funcional, a fin de que se surta el grado de consulta, según sea el caso de acuerdo con el artículo 18 de la Ley 610 de 2000.

ARTÍCULO QUINTO: En firme y ejecutoriada esta providencia, a través de secretaría común, súrtase los siguientes el traslado:

- Remitir copia auténtica del Fallo con Responsabilidad Fiscal a la oficina encargada de Jurisdicción Coactiva de la Contraloría General del Departamental del Magdalena de conformidad, a lo establecido en el artículo 58 de la Ley 610 de 2000,
- Solicitar a la Contraloría Delegada para Investigaciones, juicios fiscales y Jurisdicción Coactiva, de la Contraloría General de la Republica, incluir en el Boletín de Responsables Fiscales a la persona a quien se le fallo con responsabilidad fiscal.
- Remitir copia integra del presente proveído a la Procuraduría General de la Nación – Grupo SIRI, de conformidad con el numeral 57 del artículo 48 de la ley 734 de 2002.
- Remitir copias integra del presente proveído a la entidad afectada (E.S.E Hospital San Pedro de El Piñón – Magdalena) para que surtan los registros contables correspondientes.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE



KADY ESTHER ROCHA OCHOA
 Contralora Auxiliar para las Investigaciones

Elaborado por: Lisset Ospino Castro	Cargo: Profesional Especializada
Revisado y aprobado por: Kady Esther Rocha Ochoa	Cargo: Contralora Auxiliar para las Investigaciones

